

Miércoles 10 de noviembre de 2010, n. 218

Expediente: 07-002870-0007-CO.—Res. N° 2008002129.—Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.—San José, a las diez horas y treinta minutos del catorce de febrero del dos mil ocho.

Acción de inconstitucionalidad promovida por Kattia Vanesa Umaña Naranjo, mayor, soltera, abogada y notaria, vecina de Naranjo, cédula de identidad número 1-957-708 contra el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia. Interviene la Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes Esquivel.

Resultando:

1°—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas cincuenta y tres minutos del primero de marzo del dos mil siete, la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso 2) del artículo 16 del Código de Familia. Señala que existe un asunto pendiente de resolución final establecido por el Registro Civil en su contra, cual es el proceso disciplinario notarial tramitado en el Juzgado Notarial de San José con el número de expediente 06-000127-0627-NO. La causa por la cual se inició ese proceso fue porque el once de junio del dos mil cuatro, celebró matrimonio civil, encontrándose la contrayente dentro del período de prohibición que prevé el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, sin tener a la vista el dictamen de dos peritos médicos oficiales, en el cual se descartara que la contrayente estuviera embarazada. El Juzgado Notarial que investiga la causa disciplinaria pretende la aplicación del inciso d) del artículo 144 del Código Notarial, y por ende se encuentra expuesta a una suspensión en el ejercicio de la función notarial de aproximadamente seis meses, lo cual le causará un grave daño económico; es decir, la existencia de la norma recurrida, repercute directamente en sus labores como notaria pública. Considera la accionante que la norma recurrida es inconstitucional por cuanto opera una real desigualdad de género, en razón de que no existe prohibición para que el hombre se case inmediatamente después de su divorcio, en tanto para la mujer es prohibido antes de que transcurran trescientos días de disuelto el vínculo de su anterior matrimonio, como también es prohibido casar a la mujer en estado de embarazo si se encuentra dentro de ese mismo período. Si bien es cierto, lo que pretende dicha norma es evitar conflictos de paternidad, lo cierto es que se está violando el artículo 33 de la Constitución Política. Para resolver los conflictos de paternidad existen los procesos especiales de filiación, tales como el “Reconocimiento de Hijo de Mujer Casada”, la “Declaratoria de Hijo Extramatrimonial” y el proceso de “Impugnación de Paternidad”.

2°—Por resolución de las catorce horas veinte minutos del veinticinco de abril del dos mil siete, se dio curso a la acción, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República (folios 41 y 42).

3°—La Procuraduría General de la República presentó el informe agregado a folios 46 a 64 del expediente. En dicho informe señaló que la accionante si se encuentra legitimada para la interposición de la acción, por existir un proceso disciplinario en el Juzgado Notarial de San José, en

el que se le imputa haber celebrado un matrimonio civil de una mujer divorciada dentro del plazo de 300 días después de disuelto el vínculo, sin haber solicitado los dictámenes médicos que indica la norma cuestionada, donde cuestionó la constitucionalidad de la norma discutida dentro de ese proceso. En relación con la filiación, el artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental de las personas a saber quiénes son sus padres. Este derecho es reconocido por la mayoría de los instrumentos de derechos humanos suscritos por Costa Rica. Así, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que: “1. Todo niño tendrá derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.” En sentido similar, el artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos del Niño contempla: “1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esa esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.” Se desprende de las normas transcritas que existe una obligación por parte del Estado costarricense de establecer mecanismos que permitan al niño tener una filiación desde el momento en que nace. La filiación es un conjunto de derechos y deberes que la ley asigna a la relación entre los hijos y sus padres. Señala Gerardo Trejos que la filiación es “un vínculo jurídico. Esta relación produce efectos de derecho, los efectos de la filiación que tienden, conforme al principio de igualdad que anima el derecho de filiación, a ser los mismos para todos los hijos.” Pero además, la filiación no se corresponde necesariamente con una realidad biológica, es decir, existe una posible “falta de correspondencia segura e indiscutible entre lo que es la paternidad para el derecho y para la biología. Es ley de la biología... que cada hijo tiene un padre y una madre. Para el derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos pero entre estos no está siempre (sino cuando concurren ciertas circunstancias) la atribución de un estado de filiación...” (Trejos, Gerardo, Derecho de Familia Costarricense, Editorial Juricentro, tomo II, 1999, pag. 23 y 24). Precisamente por la incongruencia entre la realidad y los efectos jurídicos que se asignan, el legislador constitucional previó el reconocimiento del derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres desde una doble perspectiva: desde el punto de vista sustantivo, en tanto derecho fundamental que permite a la persona desarrollar un concepto de identidad y con ello, el reconocimiento de su dignidad como ser humano, y desde un punto de vista procesal, a través del establecimiento de un mandato al legislador ordinario para que desarrolle legislativamente los mecanismos necesarios para asegurar el disfrute efectivo de este derecho. Sobre esta doble condición del derecho reconocido en el artículo 53 constitucional, la Sala Constitucional ha señalado que: “Se observa del contenido de las normas citadas que en el segundo párrafo del artículo 53 Constitucional se reconoce el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres, como derecho fundamental. Ese derecho cuenta con una evidente dimensión procesal, a saber, la existencia de mecanismos legales que permitan a toda persona investigar la paternidad o maternidad, con el objeto de que se declare la existencia o no de un vínculo filiatorio, lo que no significa que se desconozca su aspecto sustancial. Es decir, el derecho consagrado en el artículo 53 párrafo segundo de la Constitución Política no puede válidamente limitarse a un mero derecho de acción o una situación de ventaja puramente procesal, a pesar de que la frase “conforme a la ley” podría persuadir al intérprete de tal limitación. Ciertamente, dicha frase crea una reserva para que el legislador desarrolle el contenido del derecho, teniendo como límite para su regulación, su contenido esencial. En todo caso, centrándose en el aspecto procesal del derecho reconocido en el párrafo segundo del artículo 53 de la Constitución Política, y partiendo de una perspectiva puramente constitucional, el derecho a intentar una acción destinada a investigar la paternidad o maternidad y - en consecuencia- estar en posibilidad de obtener una declaración de filiación, se concibe como especie de un derecho fundamental más amplio, cual es el derecho a la actividad jurisdiccional o,

como se le ha denominado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, a la tutela judicial efectiva. Pero no se trata en este caso de toda actividad jurisdiccional, sino específicamente de la encaminada a garantizar que, en la medida de lo posible, se haga efectivo el derecho sustancial de toda persona a saber quiénes son sus padres. ... De ahí que resulte importante indicar que la propia Constitución Política reconoce un ámbito de libertad no absoluto al legislador ordinario para que desarrolle con más detalle cualquier derecho fundamental, pues debe respetar el compromiso de no alterar o afectar su contenido esencial. Por lo que le corresponde reglamentar los procedimientos y formalidades que hacen posible y efectivo el ejercicio del derecho.” (Sala Constitucional, resolución número 1894-1999 de las diez horas con treinta y tres minutos del doce de marzo de mil novecientos noventa y nueve). A partir de lo expuesto, la Procuraduría considera claro que existe un mandato al legislador para que se establezcan mecanismos eficientes que permitan el disfrute efectivo del derecho de las personas a saber quiénes son sus padres. El artículo 52 de la Constitución Política establece que el matrimonio es la base esencial de la familia. Este precepto constitucional, observado desde el principio general de libertad consagrado por el artículo 28, permite concluir que existe libertad, dentro de los límites señalados por la ley, para que las personas puedan contraer matrimonio. La mayoría de las convenciones internacionales de derechos humanos reconocen el derecho de las personas a contraer matrimonio, siempre dentro de las limitaciones establecidas por la ley interna de cada país. Así, por ejemplo, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos indica en el inciso segundo que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas por ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención” (el subrayado no es del original). De igual manera, el artículo 15 inciso 2 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, establece que: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que se ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.” (el subrayado no es del original). De las normas internacionales transcritas puede concluirse que si bien se ha reconocido internacionalmente el derecho a contraer matrimonio, el mismo se ha sujetado a los límites que la ley establezca, límites que por supuesto no pueden resultar discriminatorios y deben ser razonables y proporcionados con la finalidad que se persigue. Bajo esta inteligencia, los artículos 14, 15 y 16 del Código de Familia regulan los impedimentos establecidos para contraer matrimonio, definidos por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Familia de la siguiente manera: “IMPEDIMENTOS: Los impedimentos son “aquellas prohibiciones de la ley que afectan a personas para contraer un determinado matrimonio. Tales prohibiciones tienen sustento, por supuesto en hechos o situaciones jurídicas preexistentes que afectan al sujeto. Sin embargo, el impedimento no es en sí mismo, el hecho o la situación jurídica preexistente, sino la prohibición que en consideración a ellos formula la ley” (Zannoni, Eduardo, p.169). Los franceses Mazeaud los definen como los “requisitos negativos de fondo, es decir las situaciones en las cuales está prohibido el matrimonio”. Debemos indicar también que los impedimentos se clasifican en absolutos y relativos, o en perpetuos y temporales; o bien en dispensables o no dispensables; o en dirimentes o impeditivos. IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS E IMPEDIMENTOS RELATIVOS: Impedimentos absolutos son aquellos que prohíben el matrimonio con cualquier persona, casos de los impedimentos por la edad o la demencia. Los impedimentos relativos, vedan el matrimonio únicamente con personas determinadas, caso de los impedimentos por parentesco. IMPEDIMENTOS PERPETUOS Y TEMPORALES: La clasificación obedece a la subsistencia en el tiempo. Los perpetuos no están destinados a desaparecer por el transcurso del tiempo, como los derivados del parentesco; los temporales si están sujetos a la extinción por el tiempo, caso precisamente de la edad. IMPEDIMENTOS DISPENSABLES Y NO DISPENSABLES: Hemos de señalar que la dispensa es la facultad otorgada por el legislador a la autoridad competente para autorizar la celebración del matrimonio a pesar de que medien impedimentos entre quienes pretenden contraerlo. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES E IMPEDITIVOS: Los impedimentos dirimentes son aquellos obstáculos para la celebración del matrimonio, y que ante lo cual queda habilitada la acción de nulidad del matrimonio. Los impeditivos son aquellas prohibiciones cuya violación no da lugar a la nulidad sino que se resuelven

en sanciones de otro tipo. Es importante destacar que si bien existe una relación entre los impedimentos y el régimen específico de nulidades del matrimonio, lo cierto es que no debe asemejarse uno con el otro.” (Tribunal de Familia, resolución número 863-04 de las nueve horas veinte minutos del dos de junio del dos mil cuatro). A partir de la definición anterior, puede señalarse que el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia contiene un impedimento impediendo, ya que su incumplimiento representa una sanción para el funcionario autorizado que lo realice en contradicción con lo indicado por aquella, mas no conlleva la nulidad del vínculo matrimonial. Señala el artículo en mención lo siguiente: “Artículo 16: Es prohibido el matrimonio:...2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo.” De conformidad con el artículo 17 del Código de Familia, “El matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo anterior es válido”, por lo que la obligación está dirigida principalmente a que el funcionario autorizado que realiza el matrimonio solicite la documentación necesaria para probar la inexistencia del embarazo, es decir, “El funcionario autorizado no celebrará ningún matrimonio mientras no se le presenten: ... 4. Certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio si la contrayente hubiere estado casada antes y la prueba prevista en el inciso 2 del artículo 16.” (artículo 28 inciso 4 del Código de Familia). El incumplimiento de los artículos anteriores, podría dar lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias a la Notaria Pública que celebró el matrimonio, de conformidad con lo establecido en los artículos 138 y siguientes del Código Notarial. De acuerdo con los antecedentes legislativos del Código de Familia, la prohibición contenida en el artículo 16 inciso 2 tiene por finalidad evitar las confusiones que podrían presentarse sobre la paternidad del niño que espera la contrayente. Al respecto, el Diputado Jacob Habitt señaló: “El PRESIDENTE: La razón de esta disposición es que la mujer puede, al disolverse el matrimonio, estar embarazada del marido del que se divorció, y se presenta entonces lo que se llama “la confusión de paternidad” que no se sabe de cuál de los dos hombres es el hijo” (Expediente Legislativo de la Código de Familia, Acta número 156 de la Sesión Extraordinaria de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos del 4 de diciembre de 1970, folio 375). Según se desprende del expediente legislativo, la prohibición para que la mujer pudiera contraer matrimonio antes de que transcurrieran 300 días después de la disolución o nulidad del vínculo matrimonial, ya había sido contemplada por el Código Civil, por lo que la modificación realizada en el Código de Familia fue la introducción de la posibilidad de que la mujer pudiera contraer matrimonio antes de que transcurrieran los 300 días, aportando para ello la prueba científica contemplada en el artículo. En este punto, es importante recordar que el artículo 69 del Código de Familia contiene dos presunciones sobre la paternidad de los hijos cuando se inician o concluyen los vínculos matrimoniales. Así, de acuerdo con aquella norma se presume hijo del matrimonio el nacido después de 180 días contados desde su celebración o el nacido 300 días después de disuelto el vínculo matrimonial, por lo que existe un período en el cual ambas presunciones podrían cubrir al niño por nacer, generándose así un conflicto en cuanto a la paternidad del niño, conflicto que el legislador resolvió prohibiendo el matrimonio de la mujer durante los 300 días siguientes a la disolución del vínculo, salvo aquellos casos en donde existe certeza de que no existe embarazo o luego de que haya existido parto. Bajo esta misma línea de pensamiento, el Tribunal de Notariado ha señalado que la obligación contenida en el artículo cuya constitucionalidad se cuestiona, no resulta antojadiza sino que responde a la necesidad de dar coherencia al sistema familiar, en especial, al sistema de filiación. Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Este Tribunal avala lo resuelto por la autoridad de instancia para imponer la sanción en contra del denunciado. Como acertadamente señala dicha autoridad, el artículo 16, inciso 2º del Código de Familia, en forma clara establece la prohibición del matrimonio “De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo”. Esa norma se complementa con lo dispuesto en el artículo 28, inciso 4º de ese mismo cuerpo legal, al prohibir también al notario, realizar cualquier matrimonio, mientras no se le presente certificación de la fecha de disolución del anterior matrimonio

si la contrayente hubiere estado casada anteriormente y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16 citado. Siendo ese un requisito previo, de obligatoria observancia para el notario antes de la celebración de un enlace matrimonial, no puede este profesional prescindir en modo alguno del mismo, pues como bien lo dice la autoridad de instancia, el establecer si la contrayente está embarazada, es una situación médica que desborda el campo profesional de un notario, salvo claro está, que se haya producido parto antes de cumplirse ese término. Este requisito se estableció en nuestro ordenamiento jurídico, no en forma antojadiza sino que obedece en forma congruente a proteger la presunción de filiación de hijos habidos dentro de matrimonio contenida en el artículo 69 del Código de Familia de aquellos “nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio...”. En este mismo sentido ya se ha pronunciado el Tribunal en reiteradas ocasiones, entre otros consultar el Voto No 234-03 de las 10:05hrs del 18 de diciembre del 2003.” (Tribunal de Notariado, resolución número 224-2004 de las nueve horas treinta minutos del veintisiete de agosto del 2004, el resaltado es del original, no así lo subrayado. En sentido similar, es posible ver las resoluciones 95-2004 de las once horas cinco minutos del primero de abril del 2004, 234-2003 de las diez horas cinco minutos del dieciocho de diciembre del 2003, 309-2004 de las diez horas veinte minutos del nueve de diciembre del dos mil cuatro, 246-2005 de las nueve horas treinta minutos del quince de diciembre del 2005, todas del Tribunal de Notariado, y las resoluciones 214-1998 de las diez horas veintiséis minutos del ocho de julio de 1998, y 11-1992 de las diez horas cinco minutos del veinticuatro de enero de 1992, ambas de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia). La accionante cuestiona la constitucionalidad del artículo 16 inciso 2 del Código de Familia, por considerarlo violatorio del principio de igualdad, indicando que la norma constituye una discriminación contra las mujeres ya que a los hombres no se les prohíbe que contraigan matrimonio luego de que se ha finalizado el vínculo matrimonial anterior. Asimismo, aduce que la norma no resulta necesaria para proteger el derecho de los menores a tener una filiación, ya que el propio Código de Familia contiene procedimientos para definir la paternidad del menor como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la impugnación de paternidad o la declaratoria de hijo extramatrimonial. El principio de igualdad se encuentra contenido en el artículo 33 de la Constitución Política. La Convención Americana de Derechos Humanos lo señala como un parámetro para la interposición de límites al ejercicio del derecho a contraer matrimonio. Ahora bien, sobre la forma de determinar si una norma resulta violatoria del principio de igualdad, la Sala Constitucional ha señalado dos mecanismos o caminos para su determinación. “Así, nuevamente, para la mejor ponderación de los efectos de tal criterio mandatorio, ha de acudirse al criterio aristotélico, según el cual, el legislador debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. La eficacia de esta fórmula, sin embargo, sólo será plenaria en la medida en que se entienda como exigencia del contenido de la legislación, es decir, siempre que se entienda como un mandato material y no formal. Es claro, sin embargo, que es poco probable lograr encontrar una igualdad fáctica absoluta entre los distintos destinatarios de una determinada normativa. De ahí que se hable, más bien, del deber del legislador de no tratar en forma desigual, lo esencialmente igual. Así, caben dos posibles caminos para determinar la existencia de un trato discriminatorio: (i) acreditar un par de comparación - igualdad valorativa -, o bien, (ii) acudir al mecanismo de reducir la máxima general de igualdad, a una prohibición general de arbitrariedad, caso en el cual no aparecen ya los pares de comparación. De este modo, conforme a esta última metodología, la más seguida modernamente, existirá una violación a la máxima general de igualdad, cuando para una diferenciación de la ley, no cabe hallar un fundamento razonable resultante de la naturaleza de las cosas o de otras causas adecuadas, o cuando desde la perspectiva de la justicia deba caracterizarse de arbitraria tal regulación. Se entenderá arbitraria una diferenciación, cuando no sea posible encontrar una razón calificada, razonable, justificada y/o suficiente. De esta forma, la máxima conduce a dos caminos: cuando no existe una razón de tales características, está ordenada la igualdad de tratamiento. A contrario sensu, cuando existe una razón calificada, razonable, justificada y/o suficiente, está ordenado un tratamiento desigual.” (Sala Constitucional, resolución 2003-5374 de las catorce horas con treinta y seis minutos del veinte de junio del dos mil tres, el resaltado es del original). Aplicando los criterios señalados anteriormente a la norma en estudio, se ve que el parámetro de comparación aportado

por la recurrente no permite hacer una valoración sobre la desigualdad que se aduce. Es claro que la diferencia entre hombres y mujeres en lo que al aspecto reproductivo se refiere, impide ubicarlos en una situación similar o parecida para efectos comparativos, por lo que debe desecharse este camino para establecer si existe o no una discriminación en el presente caso. El otro camino señalado por el Tribunal Constitucional implica realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la norma. Sobre este principio, la jurisprudencia de ese Tribunal es abundante, en el sentido de que: "...un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 1998- 08858 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.) Bajo esta inteligencia, el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia contiene una medida que resulta necesaria para proteger el derecho de los menores a saber quién es su padre. El sistema de filiación desarrollado por el Código de Familia no sólo contiene mecanismos para resolver el conflicto de paternidad cuando ya se ha presentado, sino que además establece una serie de presunciones que actúan como un sistema preventivo de dichos conflictos. Así, el artículo 69 del Código de Familia establece una serie de presunciones sobre la paternidad de los menores que nacen antes o después de concluido un vínculo matrimonial, presunciones que tienen por finalidad proteger al menor otorgándole una filiación desde el momento de su nacimiento y con ello, algún grado de seguridad en torno a la satisfacción de sus necesidades más básicas como la alimenticia. Este sistema preventivo dispuesto por el legislador en el artículo 69, debe complementarse con lo establecido en la norma que aquí se cuestiona para los casos en que ambas presunciones se traslapan en el tiempo. En estos supuestos, debe encontrarse un mecanismo para brindar coherencia al sistema de filiación establecido, ya que de lo contrario el menor se encontraría al mismo tiempo cubierto por ambas presunciones, generándose indudablemente un conflicto sobre la paternidad del niño, razón por la cual el legislador opta por imponer límites a la madre para que pudiera contraer matrimonio, y tratar de prevenir los conflictos de paternidad que pudieran afectar al menor de edad. A partir de lo expuesto, la medida deviene en necesaria, precisamente como un mecanismo para otorgar coherencia al sistema establecido y permitir al menor de edad por nacer tener certeza, al menos jurídica, sobre su filiación. Interesa ahora señalar que en nuestro criterio, la medida resulta necesaria a pesar de que el Código de Familia también disponga mecanismos para solucionar los conflictos de paternidad una vez que estos se han presentado, por lo que no resulta de recibo el argumento de la accionante en el sentido de que los procesos especiales de filiación -impugnación de paternidad, reconocimiento de hijo de mujer casada, declaratoria de extramatrimonialidad- cumplen con la finalidad de solucionar el conflicto de paternidad presentado, resultando innecesaria la regulación cuestionada. En este sentido, debe recordarse que el Estado se encuentra obligado a crear mecanismos legislativos para hacer efectivo el derecho de los menores a contar con una filiación, obligación contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en los instrumentos de derechos humanos citados en el primer apartado de este informe. En especial,

interesa resaltar que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados a adoptar medidas considerando siempre el interés superior del menor de edad. Señala el artículo en mención lo siguiente: ARTICULO 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...” A la luz de lo preceptuado por el artículo anterior, la obligación de proveer mecanismos de protección para el efectivo disfrute del derecho de las personas a saber quiénes son sus padres, no puede agotarse únicamente en la creación de procedimientos legales para solucionar los conflictos de paternidad que se presenten, sino que el Estado se encuentra obligado a adoptar una actitud proactiva que implique el desarrollo de sistemas preventivos que eviten que surja el conflicto mismo, tal y como ocurre con el caso que nos ocupa. Por lo expuesto, el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia resulta necesario en el tanto permita regular la situación del menor de edad que sin haber nacido pudiera ver afectada su filiación. Bajo esta misma inteligencia, la norma impugnada resulta idónea para alcanzar la finalidad propuesta. Como se ha reiterado a lo largo de este informe, el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia tiene por finalidad evitar los conflictos de paternidad que puedan surgir cuando la mujer que desea contraer matrimonio está embarazada, finalidad que se alcanza evitando que la mujer contraiga matrimonio durante los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial anterior, o solicitando los dictámenes médicos que demuestren que no está embarazada. Por último, la norma resulta proporcional entre el fin perseguido y la limitación impuesta al derecho a contraer matrimonio. En efecto, analizada a la luz de lo establecido por los artículos 17, 28 inciso 4 y 69 del Código de Familia, el sistema propuesto busca tener la certeza de que la mujer no está embarazada al momento de contraer matrimonio -evitando con ello los conflictos de paternidad subsiguientes- mas no implica una afectación absoluta al derecho de las personas a contraer matrimonio, en primer lugar porque la prohibición no es absoluta sino que admite prueba científica en contrario de que no existe embarazo y en segundo lugar, porque el incumplimiento de la prohibición no afecta la validez del vínculo matrimonial, con lo cual el legislador logra equilibrar los dos derechos en contraposición: el de la mujer a contraer matrimonio y el del menor por nacer a tener cierto grado de certeza sobre su filiación. A partir de lo expuesto, es criterio de este Órgano Asesor que el artículo cuestionado no impone una discriminación a la mujer embarazada que pretenda contraer matrimonio durante el plazo de 300 días después de disuelto el vínculo matrimonial anterior, ya que la limitación resulta razonable y proporcionada con la finalidad propuesta: proteger la filiación del menor por nacer. A partir de lo anterior, el Órgano Asesor recomienda a la Sala Constitucional declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad presentada, toda vez que el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia no contiene una discriminación en contra de la mujer embarazada, y por lo tanto, no existe violación al principio de igualdad contenido en el artículo 33 constitucional.

4º—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 95, 96 y 97 de los días 18, 21 y 22 de mayo del dos mil siete.

5º—De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, se prescinde de la celebración de la vista oral y pública, por considerarla innecesaria.

6º—En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Mora Mora; y,

Considerando:

I.—Sobre la admisibilidad. La norma que impugna la accionante resulta de aplicación en el asunto base, cual es el proceso disciplinario notarial, que se tramita en su contra en el Juzgado Notarial con el número de expediente 06-000127-0627-CO, donde invocó la inconstitucionalidad respectiva como medio razonable de amparar el derecho o interés que considera lesionado, según lo

acredita a folios 15 a 17 del expediente. En dicho asunto se imputa a la accionante, en su condición de notaria, el haber realizado un matrimonio antes de que transcurrieran los trescientos días de disolución del vínculo anterior, sin que aportara los certificados médicos que demostraran que la contrayente no se encontraba embarazada. Se cumple así con lo dispuesto en el artículo 75 párrafo primero de la Ley de Jurisdicción Constitucional, que exige como requisito para interponer una acción de inconstitucionalidad, la existencia de "...un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado." Ello, aunado al cumplimiento de los demás requisitos que establecen los artículos 76 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional, hacen que la acción sea admisible y en consecuencia deba resolverse por el fondo.

II.—Objeto de la acción.-

Se impugna el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, que señala:

"Es prohibido el matrimonio: [...]

2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]."

III.—Fondo: El artículo impugnado, a juicio de la accionante, introduce una prohibición total para que la mujer, cuyo vínculo matrimonial se ha disuelto o ha sido declarado nulo, contraiga nuevamente matrimonio durante el plazo de trescientos días posteriores al cese del vínculo, salvo que haya existido parto en ese lapso o la mujer presente dos certificados médicos oficiales que certifiquen que no se encuentra embarazada. La medida se considera discriminatoria en cuanto resulta innecesaria a la luz de disposiciones legales reguladas en el mismo cuerpo normativo que permiten resolver los conflictos de paternidad surgidos, tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la declaratoria de hijo extramatrimonial o la impugnación de paternidad. Estima que la medida es discriminatoria porque a los hombres no se establece ninguna prohibición de contraer matrimonio luego de que se disuelve el vínculo matrimonial anterior.

IV.—Es claro que la norma establece una condición a la mujer que no exige al hombre cuando se trata de formar un nuevo vínculo matrimonial. Para poder establecer si esa diferencia de trato es o no legítima, es necesario -según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Sala-, determinar si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y además la existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (ver al respecto la sentencia número 6685-96). Dicho de otro modo, es legítimo que el legislador restrinja un derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecue en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo de la Constitución. Quiere ello decir que debe existir una proporcionalidad entre la norma jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el interés público tutelado por la norma suprema (ver sentencia número 832-09). En el caso en estudio existen varios bienes jurídicos constitucionales en juego, el derecho a la libertad, tutelado en el artículo 28, según el cual las personas son libres de hacer, todo aquello que no esté prohibido en la ley, y aún ésta no puede afectar irrazonablemente derechos fundamentales, es decir -como se indicó- sin una justificación objetiva y razonable que justifique la restricción; el derecho a la igualdad en cuanto se impone a la mujer una condición que no se exige al hombre, y -en criterio de la Procuraduría-, el derecho de toda persona a saber quienes son sus padres. En ese sentido, la medida impugnada se justificaría en aras de proteger el citado derecho. No obstante, estimala Sala que ese dilema no existe, es decir el de restringir la libertad y la igualdad para proteger el derecho de toda persona a conocer su filiación, porque tal y como indica la recurrente, actualmente resulta innecesaria a la luz de disposiciones legales reguladas en el mismo cuerpo normativo, que permiten resolver los conflictos de paternidad surgidos, tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la declaratoria de hijo extramatrimonial o la impugnación de

paternidad. En vista de que tanto la legislación como la tecnología actual, permiten inequívocamente y con efectos retroactivos, establecer con absoluta certeza la paternidad de un menor, el requisito que impone la norma a la mujer, resulta innecesario y por lo tanto carente de razonabilidad.

V.—En la audiencia oral o vista celebrada en esta acción, la Procuraduría hace referencia a que la norma impugnada no impide a la mujer casarse, porque el propio artículo 17 del Código de Familia, establece la posibilidad de que el matrimonio celebrado a pesar de las prohibiciones del artículo 16 tenga validez, y que en ese sentido la norma -por sí misma-, no afecta el derecho fundamental de la mujer a contraer matrimonio. Señala que es el artículo 28.4 el que impide a la notaria o funcionario autorizado, a realizar el acto, si antes no ha exigido certificación de la fecha de la disolución del anterior matrimonio, o la prueba prevista en el inciso 2 del artículo 16, referida a los dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo. Como se indicó en el considerando anterior, estima la Sala que si la finalidad de establecer el requisito que se impugna es proteger el derecho del menor a saber quienes son sus padres, y este fin queda satisfecho en la actualidad en forma inequívoca con otras figuras jurídicas, el requisito efectivamente se vuelve irrazonable, no sólo como se indicó, por ser innecesario, sino porque impone una condición que por extrema, se convierte en una barrera para el matrimonio de la mujer, como es el tener que conseguir, no uno sino dos dictámenes, no de un médico oficial sino de dos, lo que es en nuestro medio una condición de difícil acceso para cualquier persona promedio. Cabe agregar que si bien es cierto el Código de Familia establece tanto un sistema de presunciones como uno demostrativo, para proteger el derecho a la filiación de los menores en resguardo de su interés superior y del artículo 53 Constitucional, basta con que el ordenamiento interno garantice el derecho del menor a saber quienes son sus padres, para que el ordenamiento cumpla con el fin constitucional. En ese sentido alcanza para los efectos de esta acción, con que a posteriori y en forma retroactiva se puedan dar efectos a la filiación a través de los mecanismos demostrativos que establece el propio Código de Familia. No se afecta el sistema de prevenciones, ni este pierde su logicidad frente a otras situaciones, simplemente que estima la Sala que exigir los requisitos mencionados como condición para celebrar el matrimonio de una mujer en las condiciones señaladas, resultan innecesarios e irrazonables, pues aunque el matrimonio celebrado en esas condiciones llegara a tener validez, en vista de la relación de la norma con el artículo 28.4 del Código de Familia citado, ningún funcionario autorizado querrá razonablemente, exponerse a una sanción o a consecuencias, por realizar un matrimonio sin los requisitos establecidos en la norma impugnada (16.2). En la práctica, la norma sí tiene la posibilidad de fungir como una barrera para la celebración del matrimonio de la mujer en las condiciones señaladas en la norma impugnada.

VI.- Es importante resaltar que según el principio de libertad contenido en el artículo 28 de la Constitución, toda persona es libre de hacer todo aquello que no esté prohibido y además:

(...)

“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...”.

Es decir que por un lado establece en su párrafo primero el llamado principio de libertad, según el cual la persona puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, sino que tiene también contiene la garantía de que ni siquiera la ley podrá invadir su esfera intangible de libertad y, por ello, de autonomía e intimidad, fuera de los supuestos previstos taxativamente por la propia Constitución, supuestos excepcionales y, por ende, de interpretación restrictiva, entre los que está la restricción del derecho, sólo frente a una imperiosa necesidad, y en la medida menos lesiva para el derecho afectado (ver sentencia número 3550-92). Es evidente, que la condición impuesta en la norma, ya no tiene la característica de ser una “imperiosa necesidad”, para tutelar un interés público, porque como ya se indicó, el bien jurídico tutelado, es decir el derecho de toda persona a conocer quienes son sus padres, está plenamente tutelado con la legislación y tecnología actual, haciendo que la medida pierda su razón de ser, para convertirse en una condición odiosa, sin duda lesiva de la libertad y de la igualdad que tutela la Constitución, y del derecho de toda persona a contraer matrimonio (Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos artículo 23.2; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 17.2; Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 16.1; Constitución Política artículo 52)

En consecuencia, procede declarar con lugar la acción anular el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, que señala: “Es prohibido el matrimonio: [...]

2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...].”

VII.—Conexidad. La Ley de la Jurisdicción Constitucional establece en su artículo 89 que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. En vista de que la frase “y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16”, contenida en el artículo 28.4 del Código de Familia, evidentemente guarda relación con el tema y el proceso base de esta acción -por ser la base de la sanción a la recurrente-, se declara asimismo su inconstitucionalidad. La Magistrada Calzada y el Magistrado Cruz dan además razones separadas.

El Magistrado Sosto López salva el voto y declara sin lugar la acción y hace interpretación conforme del artículo 16 inciso 2) del Código de Familia. **Por tanto:**

Se declara, por mayoría, con lugar la acción. En consecuencia se anulan los artículos 16 inciso 2) en cuanto señala:

2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...].

y del 28 inciso 4) la frase “y la prueba prevista en el inciso 2) del artículo 16,” ambos del Código de Familia.

Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe, situaciones jurídicas consolidadas y sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada material. Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese. /Ana Virginia Calzada M. /Presidenta a. i. /Luis Paulino Mora M. /Gilbert Armijo S. /Ernesto Jinesta L. /Fernando Cruz C./Federico Sosto L. /Rosa M. Abdelnour G.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO SOSTO LÓPEZ

Me separo del criterio de mayoría y declaro sin lugar la acción, con base en las siguientes consideraciones. Estimo que el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia, que establece que el matrimonio es prohibido para la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad del anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo, ello por cuanto el mencionado artículo debe ser interpretado en forma armónica con otras disposiciones. Particularmente, el artículo 17 del Código de Familia, indica que el matrimonio realizado a pesar de la prohibición objeto de análisis, es válido. Así desde el punto de vista de la lectura conjunta de las dos disposiciones, la prohibición no resulta lesiva del derecho de la mujer a celebrar un matrimonio con posterioridad a la disolución de su vínculo anterior. En ese sentido, lo que debe interpretarse es que el artículo 16 inciso 2) lo que establece es un mecanismo de protección para los hijos que hubiesen sido concebidos antes del nuevo matrimonio o antes de que haya transcurrido el término del embarazo de trescientos días después de la disolución del matrimonio anterior, ello con el fin de que el niño tenga certeza de quienes son ambos padres. Es decir, en el fondo, lo que el citado artículo tutela es el derecho fundamental de toda persona de conocer quienes son sus padres, y por ende la prohibición de toda calificación personal sobre la

naturaleza de la filiación. En ese sentido, encontramos primer orden el artículo 53 de la Constitución Política, que indica:

“Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.

Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

En ese mismo sentido, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

“1. Todo niño tendrá derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Aunado a ello, el artículo 7 de la Convención Americana de los Derechos del Niño, reza:

“1. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esa esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Ahora, el artículo objeto de análisis, establece una obligación a cargo de la mujer que resulta razonable, en el sentido que de que haya transcurrido un plazo de trescientos días desde la disolución de su vínculo anterior, deberá demostrar que no se encuentra en estado de gestión, a efecto de poder contraer matrimonio nuevamente. Contrario a la interpretación literal de la norma que se hace en la sentencia de mayoría, considero que ésta debe ser interpretada de forma armónica con la demás normativa vigente, así como con los medios que los avances tecnológicos nos proporcionan. Así, es que estimo que la mujer interesada en probar que no se encuentra en estado de embarazo, podrá utilizar los medios que por el avance de la técnica permitan verificar con un grado importante de certeza esa condición. De ello deriva como consecuencia lógica que no se tienen que presentar dictámenes de dos peritos médicos oficiales, tal y como lo indica la norma, lo que estimo que si resulta excesivo. De esta manera, es menester resaltar que debe hacerse una interpretación conforme, no solo a las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico, sino también a los medios a los que actualmente se tienen acceso, que dado el alto grado de avance de la ciencia, no se contaban al momento en el cual el legislador redactó la norma, mismos que permiten determinar de forma idónea el estado de la mujer que pretende contraer matrimonio, por lo es por ejemplo el examen de sangre. Así las cosas, considero que al interpretar el artículo 16 inciso 2) del Código de Familia de forma armónica, se le garantiza al menor el acceso al conocimiento de la identidad de sus padres, de una forma más fácil, sin necesidad de tener que someterse posteriormente que podría resultar más traumático, costoso y sorprendente.

Ahora bien, partiendo de las consideraciones anteriormente esbozadas, y habiendo concluido que lo requerido en el artículo 16 inciso 2 del Código de Familia, no es irrazonable, se puede concluir con claridad que el citado artículo tampoco lesiona el derecho de las mujeres de contraer matrimonio libremente, toda vez que si demuestra fehacientemente que no se encuentra en estado de embarazo y cumple además todos los demás requisitos exigidos al efecto, la interesada se encuentra en plena libertad de contraer matrimonio.

En razón de lo anterior, concluyo que la presente acción debe ser declarada sin lugar, toda vez que no se observa vicio de inconstitucionalidad alguno. /Federico Sosto López.

ARGUMENTOS ADICIONALES DEL MAGISTRADO CRUZ

CASTRO Y DE LA MAGISTRADA CALZADA MIRANDA, CON REDACCIÓN DEL PRIMERO.

El texto de la norma objetada, artículo dieciséis del código de familia, establece que: Es prohibido el matrimonio “.. 2) De la mujer antes de que transcurran trescientos días contados desde la disolución o declaratoria de nulidad de su anterior matrimonio, a menos que haya habido parto antes de cumplirse ese término o se pruebe mediante dictámenes de dos peritos médicos oficiales que no existe embarazo [...]...”- La esencia de esta disposición ya la contenía el inciso segundo del artículo cincuenta y siete del código civil de Costa Rica de 1888. Posteriormente sólo se le agregó la posible intervención de dos peritos médicos, quienes determinarían que la mujer no estaba embarazada. Esta prohibición lesiona la dignidad de la mujer, porque se presume que su autodeterminación y voluntad resulta sospechosa; si bien la mujer debe tener control y disposición sobre su cuerpo, tal ejercicio de derechos tan elementales, no le son reconocidos, pues debe transcurrir un plazo de trescientos días, o bien debe haberse producido un parto o que dos peritos aseguren que no existe embarazo. Todos estos requisitos anulan e ignoran totalmente la dignidad que como persona merece la mujer, al considerarla incapaz de adoptar las decisiones que protejan a su descendencia; la exigencia denota, indudablemente, que la mujer tenía una capacidad disminuida o que no podía asumir, responsablemente, las consecuencias de sus actos. La exigencia constituye una invasión a la intimidad cuyo contenido es irrazonable y desproporcionado frente al valor que pretende tutelar, asumiendo que las circunstancias o los peritos, todos ajenos a la autodeterminación de la mujer, son los que deben asegurar que no está embarazada. Todas las exigencias impuestas no dependían de la voluntad de la mujer, anulándose, de esta forma, la autodeterminación de ella como ciudadana, imponiéndole una limitación que excluye, tajantemente, los derechos que le corresponden como persona. Las exigencias impuestas, tampoco aseguran, de ninguna manera, plena certeza sobre quién es el padre biológico del menor; esta certeza absoluta ni siquiera existe respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, resolviéndose el tema con una presunción que puede objetarse judicialmente. La exigencia siempre fue irrazonable, imponiéndole a la mujer una prohibición que debía resolverse mediante los instrumentos judiciales que fuesen aplicables, reconociendo, además, que la dignidad, la intimidad y la libertad de la mujer es garantía suficiente para asegurar la identidad del padre del niño que eventualmente nacería dentro del plazo de trescientos días posteriores a la disolución del anterior matrimonio. El avance en los procedimientos científicos no modifica en esencia la lesión a la dignidad de la mujer, anulando su condición de persona con la exigencia de unos requisitos en los que su voluntad y responsabilidad como persona, no tienen ningún valor. Si el tema de la protección de las personas menores de edad fuese el valor que legitima la norma objetada, quizás también se podría agregar que el responsable de la manutención económica del menor, que históricamente ha recaído en el varón, no podía casarse nuevamente, si dos peritos contables certifican que aún con la nueva unión, el responsable de la manutención de los menores del anterior matrimonio podía cumplir a cabalidad las obligaciones provenientes de la unión anterior. Mediante este argumento de reducción al absurdo, aflora una consecuencia evidente: la protección del menor no es el valor esencial que pretende tutelar la prohibición impuesta a la mujer y que ahora se declara inconstitucional, pero estimamos, que no era necesario esperar el avance en los procedimientos científicos de investigación de paternidad, ya que la prohibición, en sí misma, constituye una palmaria devaluación de la condición de persona y de ciudadana que corresponde a la mujer. La lectura del inciso primero y tercero del artículo dieciséis del código de familia, evidencia que las prohibiciones impuestas se refieren a personas menores de edad o pupilos, es decir, las limitaciones se refieren a personas que se encuentran en una situación de sujeción o dependencia, por esta razón, el impedimento impuesto a la mujer en el inciso segundo del artículo dieciséis, nunca es estimó lesivo de la dignidad de la persona, pues en la cultura dominante hasta hace pocas décadas, la mujer tenía una condición de inferioridad y por esta razón su voluntad y libertad, no merecían pleno reconocimiento. Es indudable que las prohibiciones que contiene el artículo dieciséis del código de familia, se refería a las limitaciones impuestas a personas que en mayor o menor medida se encuentran en una condición tutelar. El derecho que otorga el

párrafo segundo del artículo cincuenta y tres de la constitución política, no justifica la exigibilidad de las formalidades que prevé el apartado segundo del artículo dieciséis del código de familia, pues el cumplimiento de tales requisitos supone la devaluación de la eminente dignidad de la mujer, sin que tales exigencias aseguren realmente la identidad real del padre, salvo por el cumplimiento de una formalidad en función de una presunción. En su origen histórico más antiguo, la reserva impuesta a la mujer para que contraiga nuevas nupcias, se denominó “año de luto” o “plazo de viudez”. Es una limitación que refleja la sujeción e inferioridad jurídica que tradicionalmente se ha impuesto a la mujer. La prohibición que contiene la norma reduce la condición de la mujer, como simple receptora de una maternidad carente de conciencia, asumiendo que su palabra o la manifestación de su voluntad, no merece ningún crédito, desconociendo el derecho que tiene para disponer sobre su cuerpo y su sexualidad; por esta razón se exige que haya tenido un parto o el dictamen de peritos, porque lo que ella pueda expresar conforme a su dignidad y responsabilidad, es jurídicamente intrascendente, impidiéndole que pueda contraer nupcias hasta que asegure mediante hechos o dictámenes ajenos a su dicho y condición, que puede asumir una nueva relación afectiva con la certeza que no se encuentra en estado de gravidez. De esta forma se convierte a la mujer en un sujeto pasivo al que no se le reconoce su dignidad y sin opciones para disponer sobre su cuerpo y su sexualidad. Esta prohibición evidencia el anti-discurso de la igualdad y la descalificación que ha sustentado muchas de las reglas de derecho privado y de derecho de familia; se asume, en primer término, que la mujer es peligrosa, prejuicio que se evidencia durante la inquisición en España y en el norte de Europa, ya que de las cincuenta mil personas enjuiciadas y ejecutadas, la mayoría eran mujeres. El control impuesto por la Inquisición consideraba siempre más sospechosas y peligrosas a las mujeres, así se evidencia en el manual de persecución inquisitorial denominado *Malleus Maleficarum*. En segundo lugar, la prohibición presume la inferioridad mental de la mujer, porque no es capaz de controlar su propia conducta y por este motivo se le imponen prohibiciones matrimoniales sin tomar en cuenta su voluntad. La tradicional censura a la inteligencia de las mujeres se refleja en esta disposición, ignorando totalmente lo que ella pueda expresar y decidir sobre sus relaciones matrimoniales y la identidad del padre de sus hijos o hijas. La descalificación a la autodeterminación y la capacidad intelectual de las mujeres ha sido un prejuicio incorporado plenamente a la cultura dominante; por este motivo no es causal que el voto femenino se aprobara en Costa Rica hasta 1949, negándose tal derecho fundamental en 1925, al considerar una Comisión legislativa que el derecho al voto sólo le correspondería a un grupo de mujeres selectas, “...porque no creemos que a todas deberá investírseles con tales derechos, ya que hay gran número de ellas que no han recibido una educación suficientemente amplia...No nos declaramos enemigos del voto femenino, sino que llegaríamos a admitir para la elección ciertos funcionarios y con sujeción a determinadas restricciones..” (Diario de Costa Rica- 20 de febrero de 1925). En una publicación española de 1962, al comentar sobre los deberes familiares, se afirmaba lisa y llanamente que la mujer no necesita sabiduría porque así como el hombre dice lo que sabe, la mujer dice lo que agrada. En esta atmósfera de inequidad, en la que se ignoran las exigencias que debe asumir una sociedad decente, la norma cuya constitucionalidad se objeta, refleja muy bien la negación absoluta de la dignidad y la autodeterminación de las mujeres. La norma que contiene el apartado segundo del artículo dieciséis del código de familia, que reproduce el inciso segundo del artículo cincuenta y siete del código civil de 1888, es una manifestación normativa de una cultura social y política en la que no se reconoció que la mujer era persona. Consideramos que la inconstitucionalidad que ahora se declara no se produce por la variación en el desarrollo científico, sino que debe declararse porque en su esencia constituye una negación absoluta de la dignidad que durante tantos siglos se ha negado a las mujeres./Ana Virginia Calzada Miranda/Fernando Cruz Castro.

San José, 6 de octubre del 2010.

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

1 vez.—(IN2010090520)

